

AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER*

William F. Torres Tópaga

I. INTRODUCCIÓN

Los últimos cambios legislativos y varias jurisprudencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como de la Corte Constitucional colombiana, se constituyeron en la puerta de entrada a una discusión que nuestra comunidad jurídica había dejado de lado durante los últimos años.

Con anterioridad a la Ley 599 de 2000 se discutía a nivel académico sobre que concepto de autor acogía nuestra legislación y con fundamento en qué teoría se podía diferenciar al partícipe del autor.

De igual manera y particularmente en lo que se denominaba delitos especiales, se discutía la manera como se debía resolver el caso muchas veces mencionado de la realización de un delito especial por dos personas, una de las cuales no tiene la cualificación exigida por el tipo penal.

Unos afirmaban la impunidad frente al comportamiento del extraño para preservar el principio de legalidad, otros consideraban que debía responder como cómplice¹, al-

* Ponencia para las xxvi Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004.

1 ALBERTO SUAREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 292.

gunos como determinador, y otros concluían que debía responder como autor del delito común².

Por otra parte, con anterioridad a la mencionada legislación, se discutía sobre el fundamento legal de la autoría mediata y de la coautoría impropia, ya que el Código Penal de 1980 sólo consagraba una disposición para la autoría³, lo que significa para algunos la total carencia de fundamento legal de estas figuras.

La regulación de la Ley 599 de 2000 sobre la autoría y participación, pretendió superar estas dificultades anunciadas por la doctrina, resaltando la importancia del fundamento legal para la autoría mediata y la coautoría impropia⁴, consagrándolas de manera expresa en el artículo 29⁵.

De igual manera esa reglamentación constituyó para algunos⁶ el acogimiento por parte del legislador colombiano de la teoría del dominio del hecho, encabezada por CLAUS ROXIN⁷, para diferenciar a los autores de los partícipes, en especial al afirmarse como elementos de la coautoría el acuerdo común, la división de trabajo y la importancia del aporte.

Por otra parte, el último inciso del artículo 30 de la Ley 599⁸ se constituyó en otra novedad de la reglamentación, al consagrar la figura del interviniente la cual ha dado paso a diferentes posturas en torno a su contenido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2 ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 49, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 1993, p. 88.

3 Artículo 23: “*Autores*. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

4 Proyecto de ley por el cual se expide el Código Penal. Fiscalía General de la Nación: “e) Se denomina como coparticipación a todas las formas de intervención plúrima en el delito. Se consagra la autoría mediata y la coautoría material impropia como modo de fortalecimiento del principio de legalidad. Se precisa que la determinación y complicidad son formas de la figura de responsabilidad accesoria de la participación”.

5 Artículo 29: “*Autores*. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento./ Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

6 SUÁREZ SÁNCHEZ. Ob. cit.

7 CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

8 Artículo 30: “*Partícipes*. Son partícipes el determinador y el cómplice./ Quien determina a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción./ Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por precio o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad./ Al interviniente que no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Fue precisamente uno de esos pronunciamientos⁹ el que generó grandes cuestionamientos en torno al tema aquí propuesto; ya que en ese fallo, a pesar de no mencionarlo expresamente, se dio plena acogida a la teoría de los delitos de infracción de deber, precisamente cuando analizó el inciso último del artículo 30 de la Ley 599, sobre lo cual ya tendremos oportunidad de referirnos concretamente.

Los cuestionamientos que generaron ese fallo fueron de diferente índole, a saber: ¿en qué consisten los delitos de infracción de deber? ¿Es compatible con la teoría del dominio del hecho? ¿Cuáles son sus consecuencias? ¿Qué delitos son considerados de infracción de deber? ¿Es posible dentro de nuestro actual marco legal?

Si bien es cierto la Corte Constitucional, para algunos¹⁰, había acogido esta teoría, con relación a la sentencia del 13 de noviembre de 2001, con ponencia del magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, los cuestionamientos siguen latentes.

Consciente de la amplitud e interminable bibliografía sobre autoría y participación, con este escrito se pretende abonar el terreno para la discusión colombiana en torno a la adopción o rechazo de la teoría de los delitos de infracción de deber.

II. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. Concepto

Fue precisamente CLAUS ROXIN, abanderado de la teoría del dominio del hecho, quien, analizando unos delitos de la parte especial, consideró que en unos particulares eventos, para determinar quién era autor del delito, no era importante el dominio que se tuviera sobre el hecho, sino que lo relevante era establecer en cabeza de quién se encontraba el deber especialísimo de protección al bien jurídico, sin importar si tenía o no el dominio del hecho.

De manera que autor era la persona que había infringido ese deber especial, sin importar en qué lugar o periferia se encontraba, ya que lo determinante no era el dominio sobre el hecho, sino la infracción a ese deber personalísimo.

Especialmente se señalaba a los funcionarios públicos, en los delitos de funcionarios, y a los garantes, en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia¹¹.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 25 de abril de 2002, M. P.: CARLOS MEJÍA ESCOBAR.

10 JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 282.

11 DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA. *Curso de derecho penal. Parte general 1*, Madrid, Edit. Universitas, p. 305.

De manera que ROXIN sostiene una tesis diferenciadora para determinar la autoría, ya que depende si estamos frente a delito de dominio o de infracción de deber; afirmando frente a los primeros la importancia del dominio del hecho para establecer quién es autor, mientras que en los segundos la autoría se determina por la infracción del deber por parte de la persona que lo tiene.

Si se analiza un poco el origen y las consecuencias de los delitos de infracción de deber, tal y como lo concibió ROXIN, vemos que el asunto se inició por el estudio de ciertos tipos penales donde se encontraban unos deberes especialísimos en cabeza de unos sujetos, de manera que lo importante era determinar si la persona titular de ese deber lo había cumplido o no; para nada afectaba si el sujeto permitía que otra persona vulnerara el bien jurídico relacionado con el deber, o si lo que realizaba el sujeto titular del deber era una simple ayuda a otro, o si lo que hacía era inducir a otro a la vulneración de ese deber jurídico; lo verdaderamente relevante era que el sujeto titular de ese deber en todos estos casos (ayudar, permitir, inducir) había incumplido con su deber, por lo tanto era a esta persona a quien estaba dirigido ese tipo penal, era a él a quien se le había encargado el cumplimiento de un especial deber, por lo tanto era quien debía responder a título de autor.

Incluso en eventos donde se violaba el deber especialísimo con la instrumentalización de su titular considera se debe responder por ese delito de infracción de deber, muy a pesar de que el titular se exonere al concurrir una causal de exoneración por la coacción de la que fue víctima, por ejemplo, y se responderá ya que el deber personalísimo de protección al bien jurídico se vio vulnerado por la conducta de ese extraño.

Son ilustrativos los casos presentados por ROXIN, como la malversación, donde se le imponía al sujeto la obligación de velar por un determinado patrimonio, lo que significaba que debía velar por su conservación; para nada importaba si el sujeto permitía que otro lo vulnerara, él si bien no tenía el dominio del hecho, debía responder como autor ya que al “permitir” había incumplido con su deber especialísimo.

De manera que la herramienta para determinar quién es autor dependerá de ese deber especialísimo, “no se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito”¹².

El asunto se refiere a los deberes que se encuentran del análisis de las normas, de su origen, de su finalidad, de lo que tuvo en cuenta el legislador en el momento de su creación, llegando a afirmar el mencionado autor que esos deberes se encuentran en otras normas jurídicas.

12 ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 385.

El determinar cuáles y qué son delitos de infracción de deber corresponde a un estudio de la parte especial, a un análisis de sus normas y sus consecuencias, a una verdadera dogmática de esta parte del derecho penal; el verdadero conocimiento de algunos tipos penales nos permitirá comprender el concepto de delitos de infracción de deber.

Ya que se parte de su existencia por decisión del legislador al establecer en unos tipos penales unos deberes especialísimos a determinadas personas, de manera que lo importante ya no va a ser la manera como se describan varias conductas, sino que lo trascendental va a ser el incumplimiento de esos deberes por parte de su titular.

Si lo relevante para el legislador en el momento de la creación de los tipos penales es la manera como se debe desarrollar el evento delictivo, estaremos enfrente de un delito de dominio, mientras que en los de infracción de deber no es trascendente averiguar si se tiene o no ese dominio, ya que basta establecer quién es el titular de ese deber jurídico que ha sido incumplido.

Es característico de los delitos de infracción de deber el que se realice una misma imputación¹³, ya que es ese el único delito que se comete, por la violación del deber especialísimo, más aún si se tiene en cuenta que el particular que intervenga siempre responderá como partícipe, ya que muy a pesar de su aporte éste no será lo determinante para establecer quién es autor, ese particular responderá como cómplice o determinador; nunca podrá ser considerado como autor, ya que él no es titular del deber especialísimo.

2. Autoría

A diferencia de los delitos de dominio, donde lo relevante es el dominio de la acción, en los delitos de infracción de deber, por ejemplo en los delitos de funcionarios, no es necesario tener el dominio de la acción para ser calificado como autor; tampoco es la cualificación por sí misma la que configura la autoría, ya que el fundamento será la infracción al deber por parte de ese funcionario.

De manera que en este tipo de autoría no importa el aporte causal, el quién domine la acción, en este evento el servidor público infringe directamente ese deber extrapenal que lo obligaba frente al bien jurídico.

3. Autoría mediata

Es precisamente en esta modalidad donde se encuentran la mayor cantidad de diferencias entre los delitos de dominio y los de infracción de deber; recuérdese cómo

13 ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, en *Temas Socio-Jurídicos*, Revista del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, vol. 20, n.º 43, Universidad Autónoma de Bucaramanga, diciembre de 2002.

frente a los primeros se configura este tipo de autoría, cuando la persona de atrás domina la voluntad del de adelante por coacción o error, existiendo una sola voluntad delictual, lo que implica que la persona de adelante no actúa con dolo, ya que en caso de hacerlo sería autor del hecho en términos de esa teoría.

Pues bien, en los delitos de infracción de deber lo que ocurre es lo siguiente: para evitar la impunidad del titular del deber especial, en los eventos en que este decide realizar el delito con otra persona, se sanciona a título de autor mediato cuando el hecho lo realiza a través de otra persona, sin importar si esta actúa o no dolosamente.

En este evento lo trascendental es que el titular del deber especialísimo frente al bien jurídico, a pesar de encontrarse en la periferia del delito, sin dominio sobre el mismo, responde como autor al permitir o colaborar o incluso inducir a otra persona para que realice el hecho; y será ese el título de su responsabilidad ya que con ese tipo de comportamiento incumplió con las obligaciones establecidas en cabeza suya, al infringir ese deber especialísimo que tenía.

El tesorero de una determinada localidad que encontrándose en otro país convence a su amigo, y le indica “el cómo” se puede apoderar de unos bienes públicos para luego repartírselos, frente a los cuales tiene obligación específica de custodia y preservación: en ese evento para la teoría de los delitos de infracción de deber, el servidor público (tesorero) responde como autor del delito especial al haber infringido su deber especial, respondiendo el particular como partícipe (cómplice) a través de la figura del instrumento doloso no cualificado.

A pesar de actuar dolosamente el extraño, no será catalogado como autor por no ser el titular del deber especialísimo y por no tener las calidades exigidas por el tipo penal.

Teniendo en cuenta que solo podrá ser autor el titular del deber especialísimo, se sanciona la infracción de ese deber, sin importar cuál es su aporte causal, o si él es la persona que domina el hecho, ya que en cualquiera de los casos lo que determina la calidad de autor es esa infracción al deber.

A diferencia de lo que ocurre frente a los delitos de dominio, donde para poder hablar de autoría mediata el *intraneus* utiliza al *extraneus*, quien actúa bajo coacción o error, existiendo una sola voluntad delictual, la del de atrás (*intraneus*) que domina al de adelante (*extraneus*), sin que este último responda penalmente por esa situación.

En el caso planteado, frente a los delitos de infracción de deber, el *extraneus* al tener conocimiento y voluntad de la realización del delito, responde penalmente a título de partícipe, cómplice, a través de lo que se conoce como el instrumento doloso no cualificado; lo que significa que el titular del deber nunca podrá ser considerado como partícipe.

Al igual que los delitos de dominio, se podrá presentar la tradicional modalidad de autoría mediata, cuando el *intraneus* utiliza, dominando la voluntad, al *extraneus*, evento en el cual no responderá ese instrumento por actuar en una situación de coacción o error.

De manera que en la autoría mediata de los delitos de infracción de deber el instrumento podrá actuar con o sin dolo, y responderá o no según el caso, lo que diferencia claramente esta situación de la presentada en los delitos de dominio donde el instrumento nunca responde.

Sin lugar a dudas esta solución planteada frente a los delitos de infracción de deber es acertada para la solución del caso siempre discutido de la realización del delito por dos personas una de las cuales no tiene la cualificación, ya que en este evento, según esta teoría, será autor el titular del deber, mientras que el *extraneus* no lo podrá ser al no tener la cualificación, pero responderá en los términos aquí planteados, por ser instrumento doloso no cualificado.

Por otra parte, el instrumento podrá ser o no cualificado, como cuando el *intraneus* utiliza dominando la voluntad, por error o engaño, a otro, *intraneus*, que tiene el mismo deber especial; en esos eventos, si bien es cierto los dos son titulares, solo responde el de atrás, ya que el de adelante tenía su voluntad avasallada por la situación creada o aprovechada por el de atrás¹⁴.

Entonces en la autoría mediata en los delitos de infracción de deber, además de que podrá el instrumento actuar o no con dolo, este podrá o no ser cualificado.

Por otra parte y teniendo en cuenta ese deber especial frente al bien jurídico que tiene el *intraneus*, considera esta teoría que en los eventos en que el *extraneus* utilice al *intraneus*, deberá responder como instigador del delito especial (de infracción de deber), ya que la protección que se tenía frente al bien jurídico se vio vulnerada por el actuar de ese extraño que doblegó al titular del deber (*intraneus*) muy a pesar de que este último no responde penalmente por haber sido utilizado.

No podrá responder a título de autor el *extraneus*, por carecer de la cualificación, pero a través de esta modalidad de autoría mediata, por presentarse dos sujetos, uno de los cuales utiliza al otro, se logrará la protección al bien jurídico pretendida con la norma que le impuso el deber al *intraneus* que fue utilizado por ese *extraneus*.

Sin lugar a dudas y resaltando la importancia atrás mencionada, de la teoría de los delitos de infracción de deber, este punto es el de mayor controversia, ya que se

14 SUÁREZ SÁNCHEZ, en *Temas Socio-Jurídicos*, cit., p. 165.

presentaría una situación en donde el *extraneus* responde a título de instigador del delito especial y el *intraneus* no respondería por haber sido utilizado por él, es decir, existirá un instigador de un delito especial sin que exista autor del mismo.

La teoría del dominio resolvería ese último evento afirmando que no existe vulneración del deber especial, por lo tanto, cuando el *extraneus* utiliza al *intraneus*, estaría existiendo una sola voluntad delictual, la de la persona de atrás, respondiendo como autor de esa comportamiento, es decir, como autor del delito común que pueda cometer.

4. Coautoría

Si autor sólo puede ser la persona que infringe el deber especialísimo, la coautoría únicamente podrá existir en los eventos en que varias personas sean titulares del mismo deber y lo infrinjan de manera conjunta.

Algunos consideran que en este tipo de delitos no es posible hablar de coautoría, ya que lo que existe es una violación por parte de cada uno del deber especial, de manera que se estaría enfrente de una autoría por cada uno¹⁵.

ROXIN resalta la importancia de la coautoría ya que de otra manera se llegaría a la inconcebible situación de encontrarse frente a partícipes con infracción de deber y partícipes sin infracción de deber, de manera que lo correcto es que en eventos donde exista infracción de deber las personas que lo infrinjan sean consideradas coautores de ese delito.

Lo trascendental, entonces, ya no va a ser el aporte importante que se dé en la fase ejecutiva con división de trabajo y existiendo un acuerdo común; ya que en el evento de que varios *intraneus*, titulares del mismo deber especial, decidan violarlo, para nada importa si entre todos ellos sostenían el dominio del hecho, ya que al haber infringido su deber conjunto, responderán a título de coautores del delito.

Mientras que la teoría del dominio del hecho sanciona como cómplice al *intraneus* que teniendo el deber, colabora (no tiene el dominio) en la ejecución de un hecho por parte de otro *intraneus* que tiene el mismo deber, la teoría de los delitos de infracción de deber lo considera como coautor del delito especial por haber infringido el deber especial, sin importar si co-dominaba el hecho con otros en forma positiva o negativa.

El poder interrumpir la comisión del hecho o el poder decidir el cómo y el cuándo es algo que no se considera para determinar la autoría, lo que se tiene en cuenta nuevamente es la infracción a ese deber especialísimo.

15 SÁNCHEZ-VERA. Ob. cit.

De manera que la coautoría en los delitos de infracción de deber no requiere de todos los elementos necesarios frente a los delitos de dominio, es decir acuerdo común, división de trabajo y aporte importante (en la fase ejecutiva), ya que solo interesa la infracción a ese deber especial.

Así pues, la coautoría y autoría mediata se distinguen en los delitos de infracción de deber de nuevo en contraposición a los delitos de dominio sólo en que en el primer caso cooperan para alcanzar el resultado varios obligados, y en el segundo *intraeus* y *extraneus*¹⁶.

5. Participación

Lo primero por afirmar es que en los delitos de infracción de deber el *intraeus* titular del deber jurídico especial no podrá ser considerado como partícipe, ya que en caso de que infrinja ese deber, sin importar la cantidad causal de esa infracción, sin considerar si lo que realizó fue una colaboración o una instigación, siempre será considerado autor precisamente por haber infringido ese deber.

Se sigue secundariamente una concepción de participación que se desvincula totalmente de los conceptos de subordinación de la voluntad y del dominio del hecho: partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal fundamentador de la autoría¹⁷.

De conformidad con el criterio de autor para los delitos de infracción de deber, partícipe será aquel que coopera en la realización del hecho y que no infringe el deber especial que se desprende del tipo, de manera que según ROXIN para nada es incompatible si el autor obró o no con dolo, ya que la estructura de la participación, a diferencia de los delitos de dominio, ya no se refiere a la cooperación sin dominio del hecho¹⁸.

Sin lugar a dudas la participación en hechos principales no dolosos es uno de los puntos de mayor controversia, ya que contraría la estructura propia de los delitos de dominio¹⁹.

JAKOBS²⁰ acoge al teoría diferenciadora de delitos de dominio y de infracción de deber, a partir del concepto de roles, equiparándose a lo que en él se conoce como competencia por organización y competencia institucional, estableciéndose que los

16 ROXIN. Ob. cit., p. 392.

17 *Ibíd.*, p. 395.

18 *Ibíd.*, p. 399.

19 Sobre las críticas, cfr. *ibíd.*, pp. 400 y ss.

20 GÜNTHER JAKOBS. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 791.

delitos de dominio se refieren a los deberes de organización del agente, y los de infracción de deber a los deberes que se originan en una posición institucional²¹.

6. Críticas

Así como la teoría del dominio del hecho tiene una mayoritaria aceptación para determinar el concepto de autor y partícipe; la teoría de los delitos de infracción de deber no tiene una aceptación igual.

Es verdad que el dominio del hecho no basta para caracterizar al autor o figura central, como ocurre en los delitos en que el tipo requiere que el autor vulnere deberes especiales y en los que demanda la ejecución de propia mano, pero estas son limitaciones que el legislador pone al dominio del hecho, que en modo alguno significan su reemplazo²².

Otros²³ afirman la existencia de delitos de infracción de deber sólo cuando es el legislador quien taxativamente configura la violación de un deber en la tipicidad de un delito, sin acoger las consecuencias discutidas de la teoría de los delitos de infracción de deber.

Se cuestiona la teoría diferenciadora, precisamente en eso, en crear un doble concepto de autor, uno que requiere el dominio de la acción, de la voluntad o funcional, para los delitos de dominio, y otro en el que se requiere la infracción al deber jurídico público o privado extrapenal que se deriva del tipo.

De igual manera, desde el punto de vista del principio de legalidad, se cuestiona este tipo de creación, ya que el deber, en términos de ROXIN, no está consagrado expresamente en el tipo, es un deber extrapenal, por lo que se constituye una violación a esta norma rectora.

Ya en tono más agudo se afirma que esta teoría pretendía suplir las lagunas de impunidad en los eventos del instrumento no calificado en casos de autoría mediata, llegando a establecer un concepto extensivo de autor²⁴.

En el mismo sentido, se critica la sanción del *extraneus* cuando utiliza al *intraneus*, a título de instigador de un delito especial, ya que en estos eventos se sancionaría a este partícipe extraño, sin que exista autor, *intraneus* bajo coacción o engaño, acabando de tajo con la accesoriedad propia de la participación.

21 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, p. 743.

22 ZAFFARONI. Ob. cit., pp. 742 y 743.

23 LUZÓN PEÑA. Ob. cit., p. 306.

24 ZAFFARONI. Ob. cit., p. 743.

Algunos también cuestionan la teoría de los delitos de infracción de deber, afirmando que con ella no se tiene en cuenta el desvalor de resultado, sino únicamente el desvalor de acción necesario para la configuración del injusto²⁵.

III. SITUACIÓN COLOMBIANA

Como lo afirmamos en un comienzo, la regulación legal colombiana establecida por la Ley 599 de 2000, en particular la reglamentación de la autoría mediata, al afirmar que será autor quien utilice a otro como instrumento, y de la coautoría, al enunciar como elementos el acuerdo previo la división de trabajo y la importancia del aporte (en la fase ejecutiva), constituyó el sustento para afirmar la adopción de la teoría del dominio del hecho en nuestro país²⁶.

Una mirada al texto de esas disposiciones determinaría sin más el rechazo a la teoría de los delitos de infracción de deber, ya que en ningún momento se hace una diferenciación para este tipo de delitos; pero creemos que la labor no se puede limitar al simple texto de la ley, ya que si se recuerda, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la autoría mediata y la coautoría, en vigencia del Código Penal de 1980, no existía disposición alguna que consagrara esta figura, y muy a pesar de los cuestionamientos de legalidad, no se discutía la responsabilidad a título de autor y coautor de la persona que para traficar con droga le cambiaba la maleta a un pasajero sin que este se diera cuenta; o de quienes con acuerdo previo y división de trabajo asaltaban un banco.

En realidad consideramos que no podemos caer en tal limitación, mucho menos en un país sujeto a gran cantidad de cambios legislativos como el nuestro, donde aun hablando de nuevo Código Penal, nos referimos a la Ley 599, que entró en vigencia en 24 de julio de 2001, a escasos tres años ya nos enfrentamos a una nueva legislación en materia penal, con ocasión de la implementación del sistema acusatorio propuesto por el fiscal de turno.

De manera que el texto de la ley vigente no puede ser limitante alguno para entrar a la discusión de tema tan apasionante como es el de los delitos de infracción de deber, mucho menos cuando es su mismo creador quien, acogiendo la teoría del dominio del hecho, promueve una tesis diferenciadora dándole cabida a estos.

Recuérdese que ROXIN acoge la teoría del dominio del hecho para los delitos de dominio y la de los de infracción de deber para los delitos de infracción de deber; de manera que desde el punto de vista del citado autor son compatibles estas dos teorías.

25 ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. *Premisas metodológicas y axiológicas para la elaboración del concepto material de autor en el Código Penal colombiano*, p. 132.

26 SUÁREZ SÁNCHEZ, en *Temas Socio-Jurídicos*, cit., p. 161.

En nuestro país en un comienzo la discusión no se centró en establecer la aceptación o no de la teoría de los delitos de infracción de deber, sino en resolver algunos casos específicos que no tenían una solución clara y coherente, como era el evento tantas veces mencionado de la realización conjunta de un hecho delictivo por parte de dos personas, una de las cuales no tiene la cualificación exigida por el tipo penal.

Unos abogaban por la sanción del *intraneus* a título de autor y del *extraneus* como cómplice²⁷; otros consideraban que debía responder el *intraneus* como autor del delito especial, y el *extraneus* como autor del delito común²⁸.

De manera que el asunto se resumía en una discusión del caso concreto, sin entrar a analizar si cabía o no la teoría expuesta por ROXIN para dar una coherente solución a ese caso concreto.

Fue precisamente la figura del interviniente²⁹ la que revivió la discusión sobre el cómo se debía resolver ese caso y por qué; se habló por algunos que lo pretendido era darle una mayor relevancia al doble desvalor de injusto, ya que la rebaja a quien no tenía las calidades obedecía precisamente a que sobre él no se podía realizar el doble juicio de desvalor que sí le cabía al interviniente con las calidades³⁰; otros han llegado a afirmar que con esa disposición se sanciona al *extraneus* imponiéndole la pena del autor reducida en una cuarta parte³¹, es decir, es la consagración legal de la manera como se debe resolver ese caso concreto; otros abogan sin afirmarlo textualmente por la adopción de los delitos de infracción de deber³².

Esta última jurisprudencia de la Sala de Casación Penal fue la que sirvió de detonante para avivar la discusión sobre este espinoso tema; más allá de las críticas a esta jurisprudencia, en especial sobre el fundamento mismo, es importante resaltar la labor que pretendió realizar la alta corporación al enfrentar este tema tan confuso en su momento y aún hoy, ya que son conocidas las críticas a nuestro alto tribunal de no discutir y sentar posición sobre los temas de actualidad.

En esa ocasión afirmó:

... se trata de un delito que fundamenta su existencia en una calidad especial, aspecto este que se vincula con la presencia de deberes especiales que se concretan en el ámbito de protección del respectivo bien jurídico tutelado [...]

27 SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, cit., p. 292.

28 ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. "Concurso de personas en el delito", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 49, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 1993, p. 88.

29 Inciso final artículo 30 de la Ley 599 de 2000: "Al interviniente que no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará una cuarta parte".

30 Proyecto de Código Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación.

31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 8 de julio de 2003, M. P.: CARLOS GÁLVEZ ARGOTE.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 25 de abril de 2002, M. P.: CARLOS MEJÍA.

De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice).

Y más adelante:

La sala considera, además, que para que haya lugar a la configuración del tipo especial basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección al bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique. *Si el sujeto calificado, por así decirlo, realiza materialmente la conducta descrita, exclusiva o concurrentemente con otros, o lo hace instrumentalizando a otro, o es instrumento de alguien que actúa sobre su voluntad (forzándolo o induciéndolo en error), o si actúa en relación con organización de la que se predica la calidad especial el tipo especial surge.* Y establecido lo anterior habrá que mirar, para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre en el hecho, así: si interviene como coautor, como autor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (art. 29 C.P.), o si lo hace como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado), la pena será la prevista para el delito de acuerdo con los incisos final y 2.º de los artículos 29 y 30 respectivamente, rebajada en una cuarta parte (inc. 4.º art. 30). Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una de estas infracciones, su pena es la que corresponda a la naturaleza secundaria de su grado de participación (inc. 3.º art. 30 C. P.), a su vez disminuida en una cuarta parte tal y como lo prevé el inciso final de la misma disposición. Empero, si el particular es utilizado como instrumento de otro (sujeto calificado) o de otros (dentro de los cuales se encuentra un sujeto calificado) su compromiso penal es ninguno al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal.

Para terminar afirmando:

Todo lo anterior supone que el servidor público o el sujeto calificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetiva del tipo, no puede actuar como determinador o cómplice, por definición. Su participación no se concibe sino a título de autoría en cualquiera de las modalidades o, en último extremo residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás). (Cursiva nuestra).

Al afirmar que se trata de delitos donde se resalta el deber especial de protección al bien jurídico por parte de ciertos sujetos; que estos eventos se configuran con la violación de ese deber por parte del titular, sin importar su ubicación material en la ejecución del delito; que el servidor público en estos casos como titular de ese deber no podrá ser partícipe; al resaltar los posibles casos, en donde se destaca la participación en hechos no dolosos, es decir, cuando el *intraneus* es utilizado como instrumento por el *extraneus*, entonces consideramos se dio plena acogida a la teoría de los delitos de infracción de deber esbozada por ROXIN, ya que se recogieron las principales características de su teoría.

En todo caso es importante señalar que esta jurisprudencia hace una serie de afirmaciones extremadamente discutidas al considerar que el *extraneus* podrá ser coautor del delito especial, lo que desdibuja completamente la posible adopción de la teoría de los delitos de infracción de deber.

De igual manera, no tiene fundamentación alguna en torno a la aceptación o no en nuestro país de tan discutida teoría, sin hacer ninguna consideración a nuestro marco legal, expresando de manera aislada el contenido e interpretación del artículo 30, en especial del tema relacionado con el interviniente, sin hacer alusión al resto del ordenamiento jurídico.

Esta posición de la Sala de Casación Penal, que ha traído toda suerte de interpretaciones y discusiones, fue posteriormente cambiada con la sentencia del 8 de julio de 2003, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, donde se afirmó que la figura establecida en ese inciso final del artículo 30, se refería únicamente a los eventos donde el *extraneus* realizaba el hecho con el *intraneus*, es decir, como coautor, ya que no era de recibo una rebaja a los partícipes (la cuarta parte) al no tener las calidades exigidas en el tipo, por no ser este un elemento que se deba tener en cuenta para el cómplice o el determinador.

En esa oportunidad la Sala de Casación Penal aparentemente pretendió solucionar el caso concreto de la realización conjunta del delito por parte de dos personas sin que una de ellas tenga la calidad exigida por el tipo penal, aumentando el escenario de incertidumbre e inseguridad que genera la figura del interviniente, destacándose eso sí la total falta de alusión a una teoría de autor por parte de nuestro Código Penal, mucho menos a la aparentemente esbozada de los delitos de infracción de deber de la anterior jurisprudencia.

De manera que por una parte la Sala de Casación Penal adopta en parte la teoría de los delitos de infracción de deber sin hacer un mayor análisis sobre la misma, y al año siguiente la “deroga” cambiando totalmente su contenido, resolviendo el caso concreto tantas veces debatido sin hacer la más mínima mención sobre la teoría de los delitos de infracción de deber, mucho menos sobre su fundamento y adopción en la legislación colombiana.

Sobre la aceptación de los delitos de infracción de deber, se ha afirmado que lo importante en este tipo de delitos no es lo fáctico sino lo normativo³³, es decir, establecer si la persona infringió o no el deber que tenía, sin importar cuál es su aporte, considerando eso sí, contrario a lo establecido en la primera sentencia de la Sala Penal, que sólo podrá ser autor o coautor el que tenga las calidades exigidas en el tipo³⁴, recalando que el *extraneus* solo podrá concurrir como partícipe, aceptando la situación discutida sobre la autoría mediata, cuando el *extraneus* utiliza al *intraneus*, sin tomar partido al respecto³⁵.

Por otra parte, otros³⁶ han afirmado la adopción de los delitos de infracción de deber, acogiendo conceptos claramente funcionalistas, apoyándose en la decisión de la Corte Constitucional del 13 de noviembre de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, estableciendo cómo en los delitos de funcionarios se está frente a delitos de infracción de deber, soportados en lo que denomina parte dogmática de la parte especial, según la cual ella crea ciertos aspectos no previstos en la parte general, entre estos los delitos de infracción de deber³⁷.

Afirmando el mencionado autor cómo en Colombia se recogió esta teoría con ocasión de la sentencia de la Corte Constitucional mencionada al afirmar:

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en su reciente y conocida sentencia del 13 de noviembre de 2001 (M. P.: MONTEALEGRE LYNETT), recoge también esta moderna doctrina de forma muy convincente y señala: “Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas de la sociedad”, aclarando que “se trata de deberes positivos, porque, al contrario que los deberes nega-

33 ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Autoría y participación”, en *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 286.

34 *Ibid.*, p. 279.

35 *Ibid.*, p. 276: “Un aspecto problemático de la autoría mediata tiene que ver con los delitos denominados de infracción de deber o de sujeto activo calificado, pues la doctrina no es uniforme en las soluciones; es así como la mayoría exige que la vinculación de relación de deber debe tenerla el autor mediato por ser la figura central del acontecer delictivo; para otros, cuando la tiene el instrumento, como este puede ser autor, se está frente a una inducción”.

36 JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. “Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal colombiano”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 473.

37 Aunque “la tarea propia de la dogmática de la parte especial, por lo tanto, es la de particularizar el concepto general del delito en relación con los hechos punibles concretos que componen el catálogo de acciones prohibidas y punibles del ordenamiento jurídico”, esto es, “ayudar” a la parte general, a veces puede suceder lo contrario, a saber, que sea la parte especial la que nos dé la pauta sobre la parte general: en ocasiones también es posible extraer de la mano de los delitos de la parte especial una serie de normas con vigencia para un determinado grupo de delitos, como a continuación veremos como ejemplos para los delitos de funcionarios”: SÁNCHEZ-VERA. *Ob. cit.*, p. 467.

tivos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en estos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos”; y afirma correctamente –en relación con el quebranto de los deberes del Estado como delitos de infracción de deber:

“El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección a la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el Estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente [...] En consecuencia si un miembro de la fuerza pública, que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que éstos cometan en contra de los habitantes”³⁸.

Precisamente SÁNCHEZ VERA proclama la existencia de los delitos de infracción de deber, con base en los deberes positivos, y los de dominio con base en los deberes negativos; en el entendido que estos últimos se retrotraen al no dañar, y los primeros a un actuar positivo de un sustentar o prestar ayuda y de un fomento de la situación del bien jurídico³⁹.

Con base en esto, en el caso de que la madre suministre un arma al asesino de su hijo, quebranta la institución positiva, lleva a cabo un delito de infracción de deber⁴⁰. De igual manera si se abandona la concepción de infracción de deber sería impune el comportamiento de la madre que deja morir a su hijo tras el parto⁴¹.

Por otra parte este autor rechaza la coautoría en los delitos de infracción de deber, ya que considera que los deberes son personalísimos, de manera que en esos eventos existen varios delitos de infracción de deber en caso de recaer en las personas los deberes; si uno de los que concurre no tiene el deber, lo que existe es un delito de infracción de deber y uno de dominio en coautoría en la persona en que no recae, por ejemplo cuando los padres organizan la muerte del hijo con un extraño⁴².

38 SÁNCHEZ-VERA Ob. cit., p. 472.

39 ÍD. “Delito de infracción de deber”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, cit., p. 275.

40 Íbíd., p. 277.

41 Íbíd., p. 280.

42 Íbíd., p. 283.

Interesante resulta el planteamiento de no tener razón alguna la distinción entre delitos de infracción de deber propios e impropios, ya que lo trascendental es la violación del deber, de manera que si existe ésta resulta superflua la distinción de delitos de infracción de deber impropios⁴³.

El hecho que desde el punto de vista fenomenológico exista, aparentemente, un denominado delito común subyacente, que puede ser ejecutado mediante dominio del hecho por un no obligado positivo, resulta, para la tipicidad del delito de infracción de deber, absolutamente irrelevante. Este tema –cuando de verdad se haya cometido también el denominado delito común subyacente– es una cuestión que, simplemente, habrá de resolverse en el ámbito de los concursos.

Por último y a pesar de acoger la teoría de los delitos de infracción de deber, considera impune el comportamiento del *extraneus* que utilice a un *intraeus* para cometer un delito especial, ya que en él (*extraneus*) no recaen las calidades exigidas para el autor por el tipo penal, y tampoco podrá responder como partícipe por faltar al actor principal, al funcionario, el dolo⁴⁴.

Sin lugar a dudas el cuestionamiento más agudo por parte de la doctrina nacional se refiere a la aceptación de un concepto extensivo de autor y al desconocimiento del desvalor de resultado por parte de la teoría de los delitos de infracción de deber⁴⁵.

Afirma ésta:

No es de buen recibo en el derecho penal de un Estado de derecho la inclinación de la doctrina y la jurisprudencia a un concepto extensivo de autor, porque con ello se está declarando que en principio todo interviniente en el hecho es autor y que solo por vía de eliminación se le puede clarificar como partícipe; distinción que se hace porque la ley crea la participación y obliga a la diferenciación. La lógica que se emplea en la interpretación extensiva es la de que la actuación que no halla adecuación en la participación necesariamente es de autoría, pues ésta es el hábitat natural de toda forma de protagonismo⁴⁶.

De manera que no es posible la aceptación de la teoría de los delitos de infracción de deber por considerar que violan normas rectoras de nuestro ordenamiento como la legalidad, lesividad y tipicidad⁴⁷.

43 *Ibíd.*, p. 286.

44 *Ibíd.*, p. 488.

45 ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. “Premisas metodológicas y axiológicas para la elaboración de un concepto de autor en el Código Penal colombiano”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 73, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2001-diciembre de 2002, p. 118.

46 *Ibíd.*, p. 120.

47 “De cara a nuestro ordenamiento penal difícilmente puede ser acogida la teoría de “los delitos de

IV. NUESTRA POSICIÓN

Sin lugar a dudas la teoría de los delitos de infracción de deber es y será un tema al cual la doctrina nacional le dedicará largas horas de discusión y debate; son muchos los beneficios que se lograrían con su aceptación, pero de igual manera no serán pocas las dificultades que ella implicaría.

Tal y como lo enunciamos en un comienzo, el problema de la realización de un delito por parte de dos personas, una de las cuales no tiene la calidad, es el objetivo que guía esta discusión; encontrar una solución coherente y adecuada al ordenamiento es el propósito principal.

No se trata de teorizar sobre tan escabroso tema, sino de encontrar respuestas adecuadas a problemas de la vida real, para evitar la inseguridad jurídica que se ocasiona por la falta de análisis en la solución de casos concretos sin ningún tipo de solución sistemática.

Sin lugar a dudas la teoría de los delitos de infracción de deber soluciona de manera satisfactoria los problemas relacionados con la realización de un delito especial por parte de varios sujetos, uno de los cuales no tiene la cualificación exigida por el tipo penal.

En efecto, teniendo en cuenta que solo es autor quien tiene el deber especialísimo, claramente se establece que ese *extraneus* no podrá ser catalogado en ninguno de los casos como autor, de manera que responderá como partícipe de ese delito; por lo que no se puede compartir la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema⁴⁸, al afirmar que se puede predicar que la figura del interviniente también se predica para casos de Coautoría cuando el *extraneus* concurre al hecho.

Por otra parte no resulta para nada satisfactoria la solución que da la teoría del dominio del hecho, en el caso del servidor público que, teniendo relación funcional con unos bienes que custodia y administra, decide ponerse al margen de la materialidad de la conducta punible de apropiarse, por parte de un tercero al que ha convencido o ayudado en la ejecución de la misma.

infracción de deber”, porque ha de tenerse en cuenta que el concepto de autor se desprende de los respectivos tipos de delito contenidos en la parte especial correlacionados con la fórmula de autoría diseñada en el artículo 29, y no olvidarse que el desvalor de resultado juega papel muy importante a la hora de ser elaborado el concepto de autor, tanto para los delitos comunes como para los de propia mano y los especiales. Aceptar sin reservas la teoría de los ‘delitos de infracción de deber’ significaría echar por la borda los principios de legalidad, tipicidad y lesividad, establecidos el primero como derecho fundamental y los otros como normas rectoras”: *ibíd.*, p. 132.

48 Sentencia del 25 de abril de 2002, M. P.: CARLOS MEJÍA.

En estos eventos, al tener el tercero *extraneus* el señorío sobre el hecho, el dominio positivo (el cómo y el cuándo) y el negativo (la posibilidad de interrumpir la ejecución del mismo) responderá a título de autor del delito común que realiza, mientras que el *intraneus* por no tener el dominio accederá al delito realizado por el *extraneus* respondiendo como partícipe.

Solución carente de justicia material, ya que la relación personal de protección a los bienes públicos que administra y custodia el servidor público, claramente se ve afectada por su comportamiento al haber inducido o colaborado para que otro vulnere ese bien jurídico que debía proteger.

Determinar que en ese evento no existe una vulneración a ese deber del servidor público es verdaderamente incoherente frente al comportamiento por él desplegado; de igual modo afirmar, como implicaría esa conclusión, que responde por ese hecho como cualquier otra persona, como cuando se colabora en la ejecución de un hecho ajeno, es totalmente alejado de la realidad.

En ese evento, no se puede considerar a ese servidor público (*intraneus*) como un particular, olvidando los deberes que lo atan y vinculan con la Administración Pública, con la protección y fomento de ese bien jurídico, con la administración y custodia de esos bienes; esas obligaciones precisamente implican el velar y cuidar esos bienes.

El deber que lo relaciona de manera personalísima con la administración y custodia de esos bienes fue claramente vulnerado al inducir o colaborar, y al haberse realizado esa apropiación por parte del tercero; de manera que la conducta punible cometida debe estar relacionada con ese deber infringido, no con el delito común como si no tuviera ningún deber frente a los bienes objeto de la apropiación.

Lo relevante entonces es si el sujeto titular del deber jurídico personalísimo lo vulneró, sin que sea trascendente cómo lo hizo, si fue con una acción, con una omisión, si colaboró, si no lo evitó, etc.

Es claro que si el *intraneus* lo que hizo fue engañar, coaccionar a un *extraneus* para infringir ese deber especial, la solución será la misma que trae la teoría de dominio del hecho, ya que lo relevante será que la persona de atrás tenga las calidades exigidas, que sea el titular del deber personalísimo, sin importar si el de adelante actuó bajo error, engaño o coacción, ya que lo determinante, se repite, es la violación a ese deber.

Por lo que deberá ser la misma solución, cuando el *intraneus* utilice a un *extraneus* que actúe dolosamente, evento que podrá ser catalogado como autoría mediata, ya que nuestra legislación al consagrar esta figura afirma que se presenta cuando el autor utiliza a otro como instrumento, sin afirmar si este debe o no actuar

dolosamente⁴⁹, ya que el considerar que este no puede actuar dolosamente es consecuencia de adoptar la teoría del dominio del hecho, lo cual no es incompatible con la teoría de los delitos de infracción de deber.

Sin duda es una solución acorde con el deber que tiene el funcionario frente al bien jurídico por la administración y custodia de los bienes del Estado en su cabeza, en la cual se reafirman las obligaciones derivadas de ese deber, constituyéndose en su razón de ser y no en un desconocimiento del mismo como lo plantea la solución de la teoría del dominio del hecho.

De igual manera, en el evento de varias personas sujetas a un mismo deber, si una de ellas se aparta para que otro realice el hecho, no se puede afirmar que el que se aparta responde como cómplice por no haber hecho un aporte importante a la fase ejecutiva, tal y como lo haría la teoría del dominio del hecho; en ese evento, al igual que en los anteriores, el servidor público infringió el deber que le obligaba frente al bien jurídico, por lo que deberá responder como coautor con el otro *intraeus* que también vulneró su deber personalísimo.

Lo que de ninguna manera puede ser aceptado bajo la órbita de nuestra legislación es el considerar que el deber en cabeza de ese *intraeus* es vulnerado cuando él es utilizado por un *extraneus*, realizándose el delito especial; ya que en estos eventos el titular del deber no ha realizado comportamiento alguno con el que infrinja ese deber especial en su cabeza; al contrario, él ha sido utilizado por otra persona que no tiene ningún tipo de deber especial, por lo que no se vulnerará el tipo especial del que se deriva el deber especialísimo.

De manera que en este caso, contrario a lo sostenido por la jurisprudencia de la Sala Penal⁵⁰, no existe una vulneración del deber especialísimo por parte de su titular, luego el delito que se realizará será el que puede cometer el *extraneus*, el cual no tiene ninguna vinculación con el delito especial.

Por otra parte, además de esa potente razón de lógica jurídica, nuestro ordenamiento no permite la sanción del partícipe sin que exista una conducta típica y antijurídica por parte del autor (accesoriedad)⁵¹; mucho menos en este caso donde no se puede predicar un autor del delito especial ni la vulneración de su deber especialísimo.

49 Artículo 29: “Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

50 Sentencia del 25 de abril de 2002, M. P.: CARLOS MEJÍA.

51 Artículo 30 Ley 599: “Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice./ Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena del autor./ Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior”.

En este evento, damos un paso al lado, frente a la solución presentada por la teoría de los delitos de infracción de deber, por considerarla ilógica e incompatible con nuestro ordenamiento jurídico.

No podemos pasar de largo frente a las agudas críticas formuladas por la doctrina en torno a los delitos de infracción de deber, fundamentadas principalmente en la adopción de un concepto extensivo de autor y en el desvalor de acción.

Creemos que la teoría de los delitos de infracción de deber no implica la aceptación de un concepto extensivo de autor, sobre el entendido que este es

... propio de un derecho penal de voluntad y que permite colmar todas las lagunas de punibilidad, orientando las sanciones criminales hacia la personalidad del agente o autor; al partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad, entiende que es autor todo aquel que le presta colaboración causal al hecho. Esto impide hacer la distinción entre autores y partícipes, a los que se les da idéntico tratamiento punitivo, lo que obliga a sus partidarios a acudir a las posturas subjetivas en este campo⁵².

El concepto de autor que se desprende de la teoría de los delitos de infracción de deber implica que del estudio y análisis del tipo penal se desprende un deber especialísimo en cabeza de una determinada persona, que la obliga frente al bien jurídico, de manera que solo la persona titular de ese deber será considerada autor; cualquier otra que intervenga en la realización de la conducta punible será partícipe, nunca autor; aquí no se está afirmando que cualquiera que realice un aporte causal será considerado como autor y será sancionado de la misma manera; aquí, se repite, existe un claro criterio para determinar quién es autor: no cualquiera que realice al aporte causal, sólo el que tenga el deber especialísimo; y otro tanto para los partícipes, en el entendido que serán aquellos que intervengan causalmente en la conducta delictiva sin tener el deber especialísimo del tipo especial.

Por otro lado, y tomando de ejemplo el caso del servidor público que decide apropiarse con su mejor amigo de unos bienes que le han sido conferidos en administración y custodia (relación funcional), para lo cual le indica al *extraneus* cómo lo debe hacer, mientras él (*intraneus*) realiza un viaje de servicio, es claro que en términos de la teoría de infracción de deber, si el ordenamiento jurídico espera que el sujeto se comporte conforme al deber especialísimo, estamos en presencia de un desvalor de acto; si, por el contrario, el orden jurídico espera que no se presenten resultados lesivos, estamos en presencia de un desvalor de resultado. En Colombia al estructurarse el injusto con un desvalor de acción y un desvalor de resultado, aquel que infringe el

52 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2004, p. 449.

deber especialísimo es autor; conforme a lo anterior, no creemos válido afirmar que exigiéndose en nuestro país la doble desvaloración no se soportan los delitos de infracción de deber, por cuanto una cosa es la acción y el resultado típicos presentes en los delitos de infracción de deber, y otra bien distinta el desvalor de acto y de resultado fundamentadores del injusto; estamos frente a un desvalor de acción cuando el *intraneus* decide apartarse de ese deber especial, y de un desvalor de resultado cuando esa infracción lesiona y pone en peligro los bienes que tenía bajo administración y custodia; de esta manera nos apartamos de las críticas⁵³ sobre la falta de desvalor de resultado en la teoría expuesta⁵⁴.

Por otra parte, tampoco estamos de acuerdo con la supuesta violación al principio de legalidad, ya que si bien es cierto no existe una diferenciación expresa en la ley, de la autoría en los delitos de dominio y en los delitos de infracción de deber en la parte general del Código, es precisamente en la parte especial donde encontramos el sustento de la autoría en los delitos de infracción de deber, lo que termina con cualquier discusión sobre su legalidad.

En efecto, el estudio específico de cada uno de los tipos penales es el que nos permite establecer si en unos particulares delitos lo relevante es la infracción de un deber por parte de un sujeto, o lo trascendente es el señorío o dominio que debe tener el sujeto para ser considerado autor.

La teoría de los delitos de infracción de deber parte de un análisis detallado de cada uno de los delitos, lo que permitirá una solución razonable a los problemas de autoría y participación; eso sí, corresponde a cada legislación estudiar cada uno de los tipos penales para determinar si es o no de infracción de deber, ya que en cada caso es una decisión que toma el legislador; el estudio no se limita única y exclusivamente a los delitos especiales (propios e impropios) ya que ese deber especial se puede encontrar en otros delitos, como en la inasistencia alimentaria, la injuria, los delitos de los administradores, los de los profesionales, ejemplos enunciados por ROXIN de la legislación alemana.

La tarea de determinar qué delitos son de infracción de deber en nuestra legislación, merece un estudio e investigación aparte; sin duda el comienzo de esta lo encabezarán los delitos contra la Administración Pública al exigírsele un deber especial al servidor público frente al bien jurídico⁵⁵, así como en los delitos de comisión por omisión.

53 SUÁREZ SÁNCHEZ. *Premisas axiológicas*, cit., p. 132. Sin lugar a dudas el autor que de manera más aguda y concreta critica la teoría.

54 Sostener lo contrario implicaría que en los delitos de comisión por omisión se desconocería igualmente la existencia del desvalor de resultado.

55 El hecho de que en algunos delitos de funcionarios se pueda predicar el dominio del hecho además de la cualidad exigida para los autores, ha impedido una verdadera comprensión y diferenciación de los delitos de infracción y de los delitos de dominio.

Creemos que la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber permitirá dar una solución coherente y sistemática a los eventos donde concurre un extraño en la realización de una conducta punible que exige el cumplimiento de un deber específico por parte del sujeto calificado, sancionándolo en los términos aquí expuestos.

De manera que frente a la figura del interviniente debe ser entendida como una norma que regula la punibilidad de los partícipes que intervienen en los delitos que exigen ciertas calidades especiales, fundamentados en el doble desvalor del injusto que se presenta frente a estos últimos, de manera que frente al partícipe que no tiene las calidades se le rebajará una cuarta parte de la pena a imponer según si es determinante o cómplice.

Por lo que, acogiendo la teoría de los delitos de infracción de deber, el partícipe será un sujeto que interviene en la comisión delictiva, pero no tiene el deber especialísimo, lo que determina que existe un solo desvalor de injusto, por lo cual se le debe rebajar la pena tal y como lo prevé el artículo; lo que consideramos innecesario es el señalar que la rebaja obedece a que no tiene las calidades, ya que si las llegara a tener (en el sentido de ser el titular del deber especialísimo) deberá ser considerado como autor y no como partícipe, por lo que resulta una redundancia, que lo único que genera es confusión, el afirmar que la rebaja solo procede para el partícipe que no tiene las calidades.

BIBLIOGRAFÍA

- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 49, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 1993.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO. “Autoría y participación”, en *Lecciones de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la Imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid, Edit. Universitas.
- PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid, Tecnos, 1990.
- ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.
- SALAZAR MARÍN. *Autoría y participación*, Bogotá, Temis, 1992.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, en *Temas Socio-Jurídicos*, Revista del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, vol. 20, n.º 43, Universidad Autónoma de Bucaramanga, diciembre de 2002.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2004.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar.